

EL CONTROL PARLAMENTARIO Y CONSTITUCIONAL DEL PODER EXTERIOR

Estudio comparado del estado actual de la cuestión
en el Derecho alemán y español (*)

MARIA J. ROCA

SUMARIO: 1. MARCO JURÍDICO VIGENTE. SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS ENTRE EL DERECHO ESPAÑOL Y EL DERECHO ALEMÁN: 1.1. *Atribución de competencias entre el Legislativo y el Ejecutivo:* 1.1.2. *Poder Ejecutivo.* 1.1.3. *Poder Legislativo.* 1.2. *La posición de los Länder y las Comunidades Autónomas respecto al control del poder exterior.*—2. CONTROL EJERCIDO POR EL PARLAMENTO: 2.1. *La intervención de las Cortes españolas en el control de los tratados.* 2.2. *La intervención del Parlamento alemán en el control exterior.* 2.3. *Consideraciones comparativas.*—3. CONTROL EJERCIDO POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: 3.1. *El control del Tribunal Constitucional español.* 3.2. *El control del Tribunal Constitucional Federal.* 3.3. *Consideraciones comparativas.*

Los días 2-5 de octubre de 1996, tuvo lugar en Dresde la reunión anual de la «Asociación de los maestros alemanes del Derecho del Estado». Esta prestigiosa asociación, que ya existía en la época de Weimar, comprende a los profesores que cultivan cualquiera de las áreas del Derecho público (constitucional, internacional, administrativo, financiero...) y se ocupó este año de: *El control del poder exterior* (1) y *La Administración y el Derecho administrativo, entre autoregulación social y control estatal* (2). La publicación íntegra de los textos

(*) Trabajo realizado en la Cátedra del Prof. Christian Starck (Universidad de Gotinga) como becaria de la Fundación Alexander von Humboldt.

(1) El profesor Kay Hailbronner (Constanza) presentó el primer informe acerca del control del Tribunal Constitucional sobre el poder exterior y el profesor Rüdiger Wolfrum (Heidelberg), presentó el segundo informe acerca del control parlamentario sobre el poder exterior. A ellos se añadieron los informes por países: Luzius Wildhaber, Basilea (Suiza) y Theo Öhlinger, Viena (Austria). Como preparación para las reuniones, se publicó previamente el trabajo de J. KOKOTT: «*Kontrolle der auswärtigen Gewalt*», en *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1996, págs. 937 y sigs.

(2) El profesor Matthias Schmidt-Preuß (Erlangen) y el profesor Udo di Fabio (Tréveris), presentaron los informes correspondientes; se publicaron previamente sobre el tema: H. H. TRU-

de las ponencias y la discusión subsiguiente así como un breve informe de los aspectos fundamentales de estos encuentros puede seguirse en las publicaciones habituales (3). El presente trabajo, suscitado como consecuencia de la asistencia a esa reunión, se centra exclusivamente en el primero de los temas tratados y tiene por objeto el estudio comparativo de los principales aspectos del control del poder exterior. Qué se designa exactamente con la expresión «poder exterior» —ya que no se trata, a todas luces, de un «poder» en el sentido habitual de poder Ejecutivo, Legislativo o Judicial—, y a qué se hace referencia con el término «control» —ya que no precisa, por sí solo, si excluye la colaboración o si ésta debe ser entendida como una forma de control (4)— requiere una fijación conceptual previa. El poder exterior (5) designa el ejercicio de derechos de soberanía dentro de un ámbito material delimitado por las relaciones del Estado con otros sujetos internacionales. Entendemos por control, aquel tipo de actuación de un órgano sobre otro que puede concluir en una controversia judicial. Así, la intervención del Parlamento en la formación de la voluntad exterior del Estado es, en este sentido, considerada como control. La eventual participación de las Comunidades Autónomas en la formación de la voluntad exterior del Estado será objeto de estudio más adelante, antes de decidir si puede encuadrarse dentro de la actividad de control.

1. MARCO JURIDICO VIGENTE. SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS ENTRE EL DERECHO ESPAÑOL Y EL DERECHO ALEMAN

Anotamos brevemente las bases jurídicas de los ordenamientos alemán y español, de modo que queden de manifiesto las semejanzas y diferencias entre

TE: «Die Verwaltung und das Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung», en *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1996, págs. 950 y sigs., y M. KLOEPFER, y T. ELSNER, *Selbstregulierung im Umwelt- und Technikrecht - Perspektiven einer kooperativen Normsetzung*, ibidem, págs. 964 y sigs.

(3) *Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer*, vol. 56, 1997. La revista *Juristen Zeitung*, 1997, págs. 248 y sigs., publicó un informe de las mismas elaborado por U. FINK: «Las tesis de los ponentes», aparecen en *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1996, págs. 18 y sigs.

(4) Sobre estas dos posibles interpretaciones del término control, cfr.: C. TOMUSCHAT: «Intervención en la discusión», en *Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer*, vol. 56, 1997, pág. 114.

(5) G. F. SCHUPPERT: *Die verfassungsrechtliche Kontrolle der Auswärtigen Gewalt*, Baden-Baden, 1973, págs. 19 y sigs.; R. GEIGER: *Grundgesetz und Völkerrecht: die Bezüge des Staatsrechts zum Völkerrecht und Europarecht*, 2.ª ed., Munich, 1994, pág. 117; K. HEILBRONNER: «Kontrolle der auswärtigen Gewalt», en *Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer*, vol. 56, 1997, págs. 9-11; M. MÜLLER: *Die innerstaatliche Umsetzung von einseitigen Maßnahmen der auswärtigen Gewalt*, Berlín, 1994, págs. 22-23.

ambos países, para poder juzgar adecuadamente si las propuestas discutidas en la doctrina alemana resultan o no aplicables a la situación española.

1.1. *Atribución de competencias entre el Ejecutivo y el Legislativo*

Cualquier consideración acerca de cuál haya de ser la medida de la extensión del control jurídico de un órgano sobre otro, ha de partir de la base de cuáles son las competencias de cada órgano en la materia objeto de control. Pues bien, el ejercicio de las competencias en materia de asuntos exteriores corresponde en España, al igual que en Alemania, tanto al Gobierno como al Parlamento (6). Del mismo modo existe un paralelismo entre el Rey y el Presidente de la República (7) por lo que se refiere a la representación exterior del Estado.

1.1.1. *Poder Ejecutivo*

Las competencias del máximo representante del Estado son, no obstante, de naturaleza formal (8), la facultad de decidir corresponde al poder Ejecutivo (9), que goza en España de una discrecionalidad amplia. Así, el ar-

(6) G. F. SCHUPPERT: *Die verfassungsrechtliche Kontrolle...* (nota 5), págs. 45 y sigs., resume las dos posturas sostenidas en la doctrina alemana: por una parte, Grewe opina que el poder ejecutivo es, por su propia naturaleza, el titular del poder exterior; la intervención parlamentaria prevista en el artículo 59.2 de la LFB es sólo una excepción dentro del sistema de separación de poderes. Por el contrario, Menzel y Baade consideran que los asuntos exteriores son una competencia conjunta de Gobierno y Parlamento. Es decir, se trata de un «poder combinado». En esta segunda concepción, el derecho de intervención parlamentaria no se interpreta como una excepción, sino como expresión del principio general de colaboración del Parlamento. Schuppert se pronuncia en favor de la concepción del poder exterior como un poder combinado (pág. 51 y pág. 74).

(7) El artículo 59.1, de la LFB establece que el Presidente Federal representa a la Federación en el ámbito internacional. Celebra tratados en nombre de la Federación con Estados extranjeros. Da fe y recibe a los enviados. Sobre el tema, U. FASTENRATH: *Kompetenzverteilung in Bereich der Auswärtigen Gewalt*, 1986, págs. 199 y sigs.; R. STREIZ: «Artículo 59», en M. SACHS (ed.): *Grundgesetz Kommentar*, Munich, 1996, págs. 1078 y sigs.; K. SCHLAICH: «Die Funktionen des Bundespräsidenten im Verfassungsgefüge», en J. ISENSEE y P. KIRCHHOFF (eds.): *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, vol. II, Heidelberg, 1987, págs. 560 y sigs.; K. HESSE: *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 19.^a ed., Heidelberg, 1993, págs. 261 y sigs.

(8) W. G. GREWE: «Auswärtige Gewalt», en J. ISENSEE y P. KIRCHHOFF (eds.): *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, vol. III, Heidelberg, 1988, § 77, núm. marginal 33.

(9) U. FASTENRATH: *Kompetenzverteilung in Bereich der Auswärtigen Gewalt*, 1986, págs. 81 y sigs. En el Derecho español, J. PUENTE EGIDO: «La participación de las Cortes Generales en

título 97 de la CE establece que el Gobierno dirige la política interior y exterior del Estado. La negociación de los tratados es competencia del Ministerio de Asuntos Exteriores, con la autorización del Consejo de Ministros (10). El precepto paralelo al artículo 97 de la CE se encuentra en el artículo 65 (11) de la Ley Fundamental de Bonn (en adelante, LFB), en la medida en que no existan prohibiciones o deberes constitucionales, el Gobierno es libre en su actuación política, especialmente en asuntos exteriores.

En el ordenamiento español tiene lugar la intervención del Consejo de Estado, máximo órgano consultivo del Gobierno (art. 107 de la CE), que no tiene una figura paralela en el Derecho alemán. El Gobierno está obligado a solicitar el dictamen del Consejo de Estado, antes de que el Estado se obligue internacionalmente mediante un tratado (art. 22.1 de la LOCE). Este dictamen no tiene carácter vinculante para el Gobierno en ningún caso. En el caso de discrepancia de opiniones entre el Ministro de Asuntos Exteriores y el Consejo de Estado, decide el Consejo de Ministros, quien habrá de informar a las Cortes, si la decisión ha sido tomada de conformidad o en contra del parecer del Consejo de Estado (art. 2.5.º y 6.º de la LOCE). Ante la duda acerca del alcance del artículo 22.1 de la LOCE este órgano interpretó (12) que la expresión legal «todos los tratados o convenios» no debía referirse a cualquier tipo de tratados que eventualmente pudieran concluirse, sino sólo a aquellos que se contemplan en el artículo 94.1 de la CE. Pero el Gobierno, surgidos los primeros conflictos de

el proceso de conclusión de Acuerdos internacionales (arts. 93 y 94 CE)», en M. PÉREZ GONZÁLEZ y otros (eds.): *Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Estudios en homenaje al profesor Díez de Velasco*, Madrid, 1993, pág. 611, ha subrayado, con referencia a la capacidad de celebrar tratados, que esa atribución al Ejecutivo está en coherencia con nuestra tradición constitucional.

(10) Artículo 10.5 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y artículo 9 del Decreto 801/1972, de 24 de marzo, sobre ordenación de la actividad de la Administración del Estado en materia de Tratados internacionales.

(11) Entre ambos preceptos la diferencia fundamental radica en que el alemán pone el acento en el Presidente del Gobierno, mientras que el precepto español se refiere al Gobierno en su conjunto. Sin embargo, esta diferencia es más bien de redacción que de fondo, pues, en último término, en caso de diferencias de opiniones también en el ordenamiento alemán decide el Gobierno a tenor del mismo precepto. Cfr., M. OLDIGES: «Artículo 62», en M. SACHS (ed.): *Grundgesetz Kommentar*, Munich, 1996, págs. 1137 y sigs.; M. SCHRÖDER: «Aufgaben der Bundesregierung», en J. ISENSEE y P. KIRCHHOF (eds.): *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, vol. II, Heidelberg, 1987, págs. 596-597.

(12) Dictamen núm. 43.320, de 23 de abril de 1981, citado por A. D. DASTIS QUECEDO: «La noción de tratados que implican obligaciones financieras para la Hacienda Pública (en torno a ciertos problemas prácticos de aplicación del art. 94 de la Constitución)», en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 38, 1986, pág. 138.

calificación entre Ejecutivo y Legislativo (13), y con el deseo de poder contar con el respaldo del Consejo de Estado frente a la posible opinión contraria de las Cortes, solicitó nuevamente al Consejo de Estado que se pronunciase sobre si seguía manteniendo una opinión restrictiva, en la interpretación del artículo 22.1 de la LOCE. En el dictamen en respuesta a esta consulta, el Consejo de Estado modificó su opinión, manteniendo que la consulta a la Comisión permanente del Consejo de Estado se refiere a toda clase de tratados o convenios (14). Naturalmente, la existencia a partir de esa fecha de un informe del Consejo de Estado en todos los supuestos no elimina, por sí sola, un posible conflicto con las Cortes, y tampoco ha dado lugar a una plena coherencia en la interpretación de algunos apartados del artículo 94.1 de la Constitución, así, por ejemplo, de la letra d) «tratados o convenios que impliquen obligaciones financieras para la Hacienda Pública».

La calificación de un tratado determina su tramitación por las distintas vías previstas en la Constitución. Corresponde al Gobierno la competencia de calificarlos (15). Un conflicto entre las Cortes Generales y el Gobierno sobre la calificación de los tratados es susceptible de ser planteado ante el Tribunal Constitucional por las vías previstas en los artículos 59.1.c) y 73-75 de la LOTC (16).

1.1.2. Poder Legislativo

La intervención del Parlamento en materia de relaciones exteriores tiene lugar en la RFA, en primer lugar, a través del control de los tratados. Así, el ar-

(13) Tales conflicto han surgido en los casos en que el Ejecutivo sostenía que no era necesaria la intervención de las Cortes, siguiendo la doctrina del propio Consejo de Estado en materia de tratados que implican obligaciones financieras para la Hacienda Pública. A. D. DASTIS QUECEDO: «La noción de tratados...» (nota 12), págs. 139-140.

(14) A. D. DASTIS QUECEDO: «La noción de tratados...» (nota 12), en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 38, 1986, págs. 138 y sigs.

(15) A. REMIRO BROTONS: «La autorización parlamentaria de la conclusión de los tratados internacionales: el problema de la calificación», en *Revista Española de Derecho Internacional*, núm. 1-2, 1980, pág. 126; J. PUENTE EGIDO: «La participación de las Cortes...» (nota 8), pág. 613; R. M. RIQUELME CORTADO: «La tramitación de los tratados internacionales y el Reglamento del Congreso de los Diputados de 1982», en *Revista Española de Derecho Internacional*, 1982, pág. 419.

(16) A. FERNÁNDEZ TOMÁS: «La válida celebración y la incorporación de los tratados en la jurisprudencia constitucional española», en M. PÉREZ GONZÁLEZ Y OTROS (eds.): «Hacia un nuevo...» (nota 9), pág. 343; J. PUENTE EGIDO: «La participación de las Cortes...» (nota 9), págs. 619-620, considera que análogamente puede aplicarse el artículo 24.2 de la LOTC.

título 59.2 (17) de la LFB prevé que los tratados que regulan relaciones políticas con la Federación o que son objeto de competencias legislativas federales requieren la aprobación o la colaboración de los órganos legislativos federales competentes en la forma de una ley federal (18).

El artículo 24 (19) y el artículo 23 (20) de la LFB ofrecen la base constitu-

(17) «Los tratados que regulen las relaciones políticas de la Federación o se refieran a materias objeto de legislación por parte de la Federación requerirán la aprobación o participación, a través de una ley federal de los respectivos órganos competentes para la legislación federal. A los convenios administrativos se aplicarán, *mutatis mutandi*, las disposiciones relativas a la Administración federal». Traducción tomada de M. PÉREZ GONZÁLEZ (ed.): *La acción exterior y comunitaria de los Länder, Regiones, Cantones y Comunidades Autónomas*, vol. II, Madrid, 1996, pág. 29.

(18) B. EHRENZELLER: *Legislative Gewalt und Außenpolitik*, Basel y Frankfurt, 1993, págs. 190 y sigs.; R. STREINZ: «Artículo 59», en M. SACHS (ed.): *Grundgesetz Kommentar*, Munich, 1996, especialmente págs. 1085 y sigs.; B. SCHMIDT-BLEIBTREU y F. KLEIN: *Kommentar zum Grundgesetz*, 8.ª ed., Neuwied y otras, 1994, págs. 854 y sigs.

(19) Artículo 24.1. «La Federación podrá, mediante ley, transferir derechos de soberanía a instituciones internacionales. 1.ª En la medida en que el ejercicio de los poderes públicos y el cumplimiento de las funciones gubernamentales sea competencia de los *Länder*, éstos, con la aprobación del Gobierno Federal, podrán transferir derechos de soberanía a instituciones transfronterizas vecinas.

2. La Federación puede entrar a formar parte de un sistema de recíproca seguridad colectiva para garantizar la paz. Con ello consiente en las limitaciones de los derechos de su soberanía que conduzcan y aseguren un orden pacífico y duradero en Europa y entre los pueblos del mundo.

3. Para la regulación de las controversias entre Estados, la Federación entrará a formar parte de los acuerdos sobre arbitraje internacional general, completo y obligatorio».

(20) Artículo 23.1. «Para la construcción de una Europa más unida, la República Federal de Alemania cooperará en el desarrollo de la Unión Europea, la cual se halla comprometida con los principios democráticos, sociales, federativos y del Estado de Derecho, así como con el principio de subsidiariedad, garantizando una protección constitucional comparable en su esencia a esta Ley Fundamental. A tal fin, el Estado Federal está facultado por ley y con el refrendo del Senado, a transferir derechos de soberanía. A los efectos de constitución de la Unión Europea, de modificación de sus fundamentos constitutivos, así como de disposiciones afines que modifiquen o completen el contenido de esta Ley Fundamental o que posibiliten dichas modificaciones o complementaciones, será de aplicación el artículo 70.2 y 3.

2. En los asuntos de la Unión Europea intervendrán tanto el Parlamento como, a través del Senado, los *Länder*. El Gobierno Federal deberá informar al Parlamento y al Senado exhaustivamente y a la mayor brevedad posible.

3. Antes de intervenir en los procedimientos legislativos de la Unión Europea, el Gobierno Federal dará oportunidad al Parlamento para que emita su dictamen. En las negociaciones el Gobierno Federal tomará en consideración los informes del Parlamento. Los detalles serán regulados mediante ley.

4. El Senado deberá participar en la formación de la voluntad del Estado federal en tanto en cuanto tuviera que intervenir a nivel interno en una materia similar o en el supuesto de que la competencia a nivel interno correspondiera a los *Länder*.

cional para la transferencia del ejercicio de derechos de soberanía (21). Además, el Tribunal constitucional federal (22) ha reconocido al Parlamento —y en consecuencia obligado al Gobierno— el derecho a dar su aprobación constitutiva antes de que las Fuerzas Armadas intervengan en el extranjero en operaciones armadas, fuera de los deberes que se derivan de su pertenencia a la OTAN. Aunque esta decisión haya encontrado críticas doctrinales, argumentando que es suficiente la aprobación parlamentaria para el ingreso de la República Federal de Alemania (en adelante RFA) en organizaciones que implican un sistema de seguridad colectiva y que la necesidad de obtener la aprobación constitutiva del Parlamento no tiene suficientemente en cuenta que el sistema alemán es un sistema de Gobierno Parlamentario (23), lo cierto es que introduce una tercera causa de intervención del Legislativo.

5. En la medida en que en un ámbito de competencias exclusivas del Estado Federal se vieran afectados los intereses de los *Länder* o, por lo demás el Estado Federal dispusiera de potestad legislativa, el Gobierno Federal tomará en consideración el informe del Senado. En el caso en que se vieran afectadas prioritariamente competencias legislativas de los *Länder*, sus instituciones o sus procedimientos administrativos, la opinión del Senado deberá ser tomada en consideración de modo determinante, salvaguardándose en todo momento las responsabilidades nacionales del Estado Federal. En aquellos asuntos susceptibles de originar un incremento de gastos o una disminución de ingresos para el Estado Federal, será preciso recabar la aprobación del Gobierno Federal.

6. En el caso de que se vieran afectadas prioritariamente facultades legislativas que sean competencia exclusiva de los *Länder*, la defensa de los derechos que correspondiesen a la República Federal de Alemania en su calidad de Estado miembro de la Unión Europea será transferida del Estado Federal a un representante de los *Länder* designado por el Senado. La defensa de tales derechos se llevará a cabo con la participación y en coordinación con el Gobierno Federal, salvaguardándose las responsabilidades nacionales del Estado Federal.

7. Los detalles relativos a los apartados 4 a 6, serán regulados por una ley que requerirá la aprobación del Consejo Federal».

La traducción de este artículo está tomada de M. PÉREZ GONZÁLEZ (ed.): *La acción exterior* (nota 17), págs. 25-26.

(21) H. MOSLER: «Die Übertragung von Hoheitsgewalt», en J. ISENSEE y P. KIRCHHOF (eds.): *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, vol. VII, Heidelberg, 1992, págs. 599 y sigs.; R. BERNHARDT: «Verfassungsrecht und völkerrechtliche Verträge», en J. ISENSEE y P. KIRCHHOF (eds.): *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, vol. VII, Heidelberg, 1992, pág. 588.

(22) Sentencia de 12 de julio de 1994, en «Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts», vol. 90, 286. Entre los comentarios a esta sentencia pueden verse, D. BLUMENWITZ: «Der Einsatz deutscher Streitkräfte nach der Entscheidung des BVerfG vom 12. Juli 1994», en *Bayrische Verwaltungsblätter*, 1994, págs. 641 sigs. y págs. 678 sigs., y N. K. RIEDEL: «Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Bundeswehreininsatz im Rahmen von NATO-, WEU, bzw. UN-Militäraktionen - Anmerkungen zum Adria-, AWACS- und Somalia-Urteil des Bundesverfassungsgerichts», en *Die öffentliche Verwaltung*, 1995, págs. 135 y sigs.

(23) P. BADURA: *Staatsrecht. Systematische Erläuterung des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland*, 2.ª ed., Munich, 1996, pág. 326 y págs. 554-555.

En el Derecho español, el Parlamento no puede efectuar una proposición de ley en materia de relaciones internacionales (24). Esta forma, que conllevaría efectos obligatorios para el Gobierno, no entra dentro de las competencias del Parlamento, quien sólo puede establecer proposiciones no de ley, sin efectos vinculantes para el Gobierno. Ciertas Comunidades Autónomas pueden solicitar del Gobierno la celebración de tratados internacionales (25). Sin embargo, sólo el Gobierno tiene competencia para iniciar las negociaciones que, dado el caso, puedan concluir en la firma de un tratado (26). La iniciativa legislativa popular está expresamente prohibida cuando se trate de materias internacionales.

En nuestro Derecho, al margen del control parlamentario general sobre la acción del Gobierno (27), el artículo 93 y el artículo 94.1 establecen la intervención de las Cortes Generales para la celebración de determinados tratados. A tenor del artículo 93, «mediante ley orgánica se podrá autorizar la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución». El artículo 94.1 prevé aquellos supuestos en los que se requiere la aprobación parlamentaria antes de que el Ejecutivo firme un tratado internacional (28). Una vez que el Gobierno, dentro de los noventa días siguientes al acuerdo del Consejo de Ministros, solicita de las Cortes la concesión de la autorización para la prestación del consentimiento del Estado, el Congreso debe adoptar el acuerdo de autorización en un plazo de sesenta días (29).

(24) A. RODRÍGUEZ CARRIÓN: «Regulación de la actividad internacional en la Constitución», en *Revista de Derecho Político*, núm. 15, 1982, 101, recoge el informe de la Asesoría Jurídica de la Secretaría General del Congreso de los Diputados, de 11 de junio 1979.

(25) Estatutos de Autonomía del País Vasco (art. 6.5), de Cataluña (art. 27.4) y de Galicia (art. 35.3). La iniciativa, en estos casos se refiere a materias culturales. En el Estatuto de Autonomía de Andalucía se prevé la solicitud al Gobierno tanto en materia cultural como laboral (arts. 72.5 y 23.3).

(26) Sostiene lo contrario A. RODRÍGUEZ CARRIÓN: «Regulación de la actividad internacional...» (nota 24), pág. 103.

(27) Tal control está previsto en la CE en el artículo 66.2. J. PUENTE EGIDO: «La participación de las Cortes...» (nota 9), pág. 611, la participación de las cámaras parlamentarias se explica en primera instancia por la función general de control que el órgano parlamentario ejerce sobre el poder ejecutivo.

(28) La Constitución española es más explícita que la LFB en este punto, pero no se trata de una verdadera diferencia de fondo, pues, en la práctica, los supuestos enumerados en el artículo 94.1, requerirían también en Alemania una intervención de los órganos legislativos federales y, por tanto, entran dentro del radio de acción del artículo 59.2 de la LFB. W. G. GREWE: «Auswärtige Gewalt» (nota 8), núm. marginal 57 y sigs.

(29) Artículo 155.2 del Reglamento del Congreso y artículo 20 del Decreto 801/1972. R. M. RIQUELME CORTADO: «La tramitación de los tratados...» (nota 15), págs. 409 y sigs.

El paralelismo entre el Legislativo alemán y español puede resumirse como sigue: en ambos sistemas, se requiere su intervención para la celebración de determinados tratados; esta intervención se ve reforzada en los supuestos en que se trate de la transferencia de derechos inherentes a la soberanía; en el caso alemán, el reforzamiento consiste en la especial intervención del Senado y de los representantes de los *Länder*; y en el caso español, en la exigencia de aprobación mediante ley orgánica. Las diferencias entre ambos ordenamientos jurídicos radican en que, según el Derecho alemán, el Legislativo debe intervenir también para tomar la decisión de que las tropas alemanas intervengan en el extranjero y en la diversa posición que ocupa el Senado.

1.2. *La posición de los Länder y las Comunidades Autónomas respecto al control del poder exterior*

La posición de los *Länder* viene marcada por su competencia para celebrar tratados con terceros Estados (30) —siempre que se trate de una materia incluida dentro de sus competencias legislativas y cuente con la aprobación del Gobierno (art. 32.3 de la LFB)—, y por la reforma constitucional, que dio lugar a la nueva redacción del artículo 23 de la LFB. Este nuevo artículo tiene como causa no sólo la preocupación por la pérdida de protagonismo de los *Länder* a consecuencia del proceso de integración europea, sino más concretamente, la pérdida de protagonismo de los Parlamentos de los *Länder* (31). La finalidad del artículo 23 de la LFB es, pues, compensar la pérdida de competencias legislativas que la integración europea necesariamente lleva consigo mediante una cooperación anticipada del Congreso y del Senado.

Otros órganos que sirven de instrumento para dar cauce a la nueva situación, que la integración europea representa, son la constitución de la Comisión

(30) C. STARCK, «Los Länder alemanes y la competencia exterior», en M. PÉREZ GONZÁLEZ (ed.): *La acción exterior y comunitaria de los Länder, regiones, Cantones y Comunidades Autónomas*, vol. I, Bilbao, 1994, pág. 107 y sigs.

(31) H. EICHER: *Der Machtverlust der Landesparlamente. Historischer Rückblick, Bestandsaufnahme, Reformansätze*, Berlín, 1988, págs. 112 y sigs., las propuestas de reforma apuntaban en tres direcciones: La participación de los Parlamentos regionales en los procesos de decisión a alto nivel, la introducción en la LFB de medidas de garantía a su favor y una nueva distribución de las tareas. Una muestra significativa es el artículo 25 de la nueva Constitución de la Baja Sajonia, de 19 de mayo de 1993, que prescribe el deber del Ejecutivo de informar al Parlamento de los asuntos europeos. Sobre la preocupación de la doctrina alemana de que se respeten las competencias de los *Länder*, cfr.: C. STARCK: «Das Grundgesetz nach fünfzig Jahren: bewährt und herausgefordert», en *Juristen Zeitung*, 1999, págs. 482-483.

para asuntos de la Unión Europea (32), a tenor del artículo 45.2 de la LFB, y la Cámara europea del Senado (33) [art. 52.3.a)]. El balance de la utilidad de estos órganos no es del todo positivo. La Comisión europea no cumple en la práctica las expectativas que se habían depositado en ella, porque se entiende como acompañante del proceso político de integración y no como foro para la discusión de medidas europeas concretas en proyecto (34). La Cámara europea del Senado, de creación facultativa -en cambio, la Comisión para asuntos de la Unión Europea es obligatoria-, tampoco ha satisfecho en la práctica las esperanzas que se habían depositado en ella, porque las reuniones ordinarias del Senado son suficientes para asegurar la asunción de los derechos de participación de los *Länder* en la forma de resoluciones del Senado (35).

En las jornadas de Dresde, dentro del control parlamentario del poder exterior, se abordó la intervención de los *Länder* en el ejercicio del poder exterior. Ello resulta lógico, pues en el ordenamiento jurídico alemán los órganos destinados a dar cauce a los intereses de los *Länder* tienen su sede en el Parlamento (Comisión para asuntos de la Unión Europea) en el Senado (Cámara europea del Senado). En este trabajo, nos parece más oportuno dejar constancia aquí de la diversa posición jurídica que ocupan los órganos de participación de los *Länder* y las Comunidades Autónomas en Alemania y España, respectivamente, para ocuparnos principalmente del control parlamentario de los tratados (apartado 2).

La estructura autonómica de atribución de competencias dentro del Estado español ha propiciado un cierto control en el ejercicio del poder exterior del Gobierno. El TC ha manifestado en distintas ocasiones (36) que el hecho de

(32) S. MAGIERA: «Artículo 45», en M. SACHS (ed.): *Grundgesetz Kommentar*, Munich, 1996, pág. 1003, señala que este artículo abre la posibilidad de una amplia facultad de delegación, aunque ésta resulte limitada por la finalidad del precepto y, por tanto, continúe siendo el pleno del Parlamento el titular de los derechos frente al Gobierno. B. SCHMIDT-BLEIBTREU y F. KLEIN: *Kommentar zum Grundgesetz*, 8.ª ed., Neuwied y otras, 1994, pág. 776 destaca la especial posición de esta Comisión, en la medida en que puede adoptar resoluciones en lugar del pleno. Esta facultad no la tiene atribuida ninguna otra comisión.

(33) G. ROBBERS: «Artículo 52», en M. SACHS (ed.): *Grundgesetz Kommentar*, Munich, 1996, pág. 1044.

(34) K. WOLFRUM: «Kontrolle der Auswärtige Gewalt», en *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, vol. 56, 1997, pág. 61; S. MAGIERA: «Artículo 45...» (nota 32), págs. 1003-1004, critica que las sesiones de esta Comisión no son públicas y ello conduce a una falta de transparencia en el proceso de la integración europea.

(35) K. WOLFRUM: «Kontrolle...» (nota 34), pág. 62.

(36) «El Estado no puede ampararse por principio en su competencia exclusiva sobre las relaciones internacionales (art. 149.1.3.º de la CE) para extender su ámbito competencial a toda actividad que constituya desarrollo, ejecución o aplicación de los Convenios y Tratados internacionales, y en particular del Derecho derivado europeo. Que una norma sea destinada a dar cumplimiento a

que una determinada norma sea dictada en ejecución de un tratado o por la necesidad de modificar algún aspecto del Derecho español a consecuencia de una norma comunitaria, no significa una alteración de la distribución de competencias que la ley establece. Esto es, si se trata de una competencia autonómica, la necesaria adaptación al Derecho comunitario europeo debe hacerla cada Comunidad Autónoma (37). Ahora bien, este control no tiene por objeto tanto las actividades *ad extra* o comunitarias del Ejecutivo, cuanto el modo en que el Gobierno central ha venido ejerciendo la transformación del Derecho español, para su progresiva adaptación a las normas comunitarias.

Ciertamente, también desde instancias centrales es sentida la necesidad de propiciar la participación autonómica, especialmente en el ámbito europeo (38).

obligaciones derivadas de la pertenencia a la Comunidad Europea no tiene relevancia alguna a la hora de determinar la titularidad de la competencia controvertida». (...) «La ejecución de Convenios y Tratados internacionales en lo que afecten a las materias atribuidas a la competencia de las Comunidades autónomas, no supone, como resulta evidente, atribución de una competencia nueva, distinta de las que en virtud de otros preceptos ya ostenta la respectiva Comunidad Autónoma» (Sentencia 79/1992, de 28 de mayo, *BOE* núm. 144, de 16 de junio, suplemento, págs. 27-40.)

«La ejecución del Derecho comunitario corresponde a quien materialmente ostente la competencia, según las reglas del Derecho interno, puesto que no existe una competencia específica para la ejecución del Derecho comunitario» (STC 236/1991, de 12 de diciembre, *BOE* núm. 13, de 15 de enero de 1992, págs. 7-9.).

«En cualquier caso, los poderes de control y vigilancia que para el aseguramiento de la ejecución deben corresponder al Estado lo que no pueden es afectar a la competencia misma que constitucionalmente deban desarrollar y ejercitar las Comunidades Autónomas, desplazándola o sustituyéndola anticipadamente por el ejercicio de poderes que, en ese caso, no serían ya de control y vigilancia». (...) «La necesidad de asegurar la acción conjunta, la información recíproca y la maximalización de la eficacia no crea en sí misma competencia alguna para el Estado ni puede ser utilizada por éste para limitar indebidamente las competencias autonómicas (STC 80/1990, de 8 de marzo, *BOE* núm. 90, suplemento, de 15 de abril, pág. 15).

(37) No obstante, F. RUIZ RUIZ: «Las competencias de las Comunidades Autónomas en el desarrollo normativo y la ejecución del Derecho comunitario europeo. Análisis de la jurisprudencia constitucional», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 45, 1995, págs. 279 y sigs. pone de manifiesto que a pesar de que el TC sigue el criterio del respeto al sistema interno de distribución competencial, la inclusión de la garantía del Derecho comunitario como una de las materias de competencias estatal, por considerarse dentro del título de las «relaciones internacionales», suponen una restricción de la capacidad autonómica. Sobre el tema, cfr. también: R. BUSTOS GISBERT: «Competencias legislativas concurrentes; garantías del cumplimiento del Derecho comunitario y ejecución interna del Derecho derivado europeo», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 37, 1993, págs. 215 y sigs.; A. LOPEZ CASTILLO: «Creación y aplicación del Derecho comunitario europeo y Comunidades Autónomas», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 35, 1992, págs. 111 y sigs.; P. PÉREZ TREMPES: *Comunidades Autónomas, Estado y Comunidad europea*, Madrid, 1987, págs. 84 y sigs.

(38) Real Decreto 21.085/1996, de 20 de septiembre, por el que se crea la Consejería para Asuntos Autonómicos en la Representación permanente de España ante la Unión Europea, *BOE*

Sin embargo, la naturaleza jurídica de las medidas adoptadas para su participación hace que ésta tenga el carácter de colaboración (39), pero no de control. Así, la Ley 2/1997, de 13 de marzo, por la que se regula la Conferencia para Asuntos relacionados con las Comunidades Europeas, define a este órgano como «órgano de cooperación» (arts. 1.1.º y 3.º).

Si bien, en el caso de la defensa de las competencias e intereses autonómicos puede hablarse de un verdadero control —pero entonces ya no se trata de ejercicio del poder exterior—, no tiene la misma naturaleza la participación en la toma de decisiones del Reino de España ante los órganos comunitarios. Mientras que en defensa de sus competencias las Comunidades Autónomas han podido acudir al Tribunal Constitucional alegando una violación de la Constitución (40), la vía institucional abierta para su participación exterior alcanza sólo un carácter político (41) o administrativo; por lo tanto, en el caso de que el representante del Estado español ante los órganos comunitarios no tuviese en cuenta los acuerdos y los intereses manifestados por las Comunidades Autónomas en el seno de las Conferencias sectoriales correspondientes, o de la

núm. 229, de 21 de septiembre de 1996, págs. 28394-28395. Ley 2/1997, de 13 de marzo, por la que se regula la Conferencia para Asuntos relacionados con las Comunidades Europeas, *BOE* núm. 64, 1997, págs. 8518-8519.

(39) M. PÉREZ GONZÁLEZ: *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz*, 1986, págs. 261 y sigs.; J. PUEYO LOSA: «Sobre el principio y los mecanismos de colaboración entre el Gobierno central y las Comunidades autónomas en asuntos relacionados con las Comunidades Europeas», en *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 16, 1989, págs. 29 y sigs. exponen posibles vías de colaboración, tanto en la participación en la formación de la voluntad del Estado con mediante una participación directa. Vid. también E. GARCÍA DE ENTERRÍA: «La participación de las Comunidades Autónomas en la formación de las decisiones comunitarias», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 33, 1991, págs. 3 y sigs.; L. PAREJO ALFONSO: «La participación de las Comunidades Autónomas en el proceso de adopción de decisiones de la Unión europea», en M. PÉREZ GONZÁLEZ (ed.): *La acción exterior y comunitaria de los Länder, regiones, Cantones y Comunidades Autónomas*, vol. I, Bilbao, 1994, págs. 67 y sigs.

(40) Las Comunidades Autónomas están legitimadas para interponer recurso de inconstitucionalidad cuando se vea afectada la esfera de su interés, no sólo cuando resulte menoscabado el elenco de sus competencias, (STC 56/1990, FJ. 3.º y STC 28/1991, FJ. 3.º), ya que el recurso de inconstitucionalidad no puede ser equiparado al conflicto de competencias.

(41) MINISTERIO PARA LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS (ed.): *La participación de las Comunidades Autónomas en los asuntos comunitarios europeos*, Madrid, 1995, págs. 229-232, recoge el Acuerdo de institucionalización de la conferencia para los asuntos relacionados con las Comunidades Europeas, apartado sexto: «En consonancia con la naturaleza política de este Acuerdo, se considera que la voluntad que se manifiesta en su formalización queda sujeta exclusivamente al mantenimiento de la misma». R. BUSTOS GISBERT, «Un paso más hacia la participación autonómica en asuntos europeos. El acuerdo de 30 de noviembre de 1994», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 45, 1995, págs. 153 sigs.

Conferencia para Asuntos relacionados con las Comunidades Europeas, sólo cabe un control político o, en todo caso, un control Judicial ante la jurisdicción contencioso administrativa, pues no se trata de una violación constitucional sino de un convenio administrativo o de una norma de procedimiento en la toma de decisiones de un órgano de la Administración.

La actividad exterior de las Comunidades Autónomas podría producirse mediante una transferencia o delegación de las competencias del Estado a través de una ley orgánica, siempre que se considere que la competencia del Estado es susceptible, por su propia naturaleza, de transferencia o delegación (art. 150.2 de la CE) (42). En el caso de que tal transferencia se llegue a producir, las Comunidades Autónomas entrarían de lleno en el ejercicio del poder exterior y, por tanto, dentro de sus mecanismos de control.

Más allá de los aspectos puntuales del Derecho positivo, puede anotarse que las bases para una adecuada comparación entre la RFA y el Reino de España radican en que ambos Estados ven afectadas las reglas tradicionales de separación de poderes en sentido horizontal por su pertenencia a organizaciones supraestatales, contando, a su vez, hacia dentro con una separación de poderes en sentido vertical (*Bund/Länder* y Estado/Comunidades autónomas) (43), además de que en ambos casos, hay un régimen de democracia parlamentaria, en el que Ejecutivo tiene el respaldo de la mayoría del Parlamento. Es decir, los problemas que el «poder exterior» plantea a los «poderes» (Legislativo, Ejecutivo y Judicial), son parecidos, en la medida en que vienen planteados desde las mismas instancias y son recibidos en parecidos parámetros de distribución de competencias.

2. CONTROL EJERCIDO POR EL PARLAMENTO

2.1. *La intervención de las Cortes españolas en el control de los tratados*

La intervención de las Cortes españolas en el control de los tratados revisa en la Constitución dos formas: Ley orgánica (art. 93) o simple autoriza-

(42) STC 137/1989, de 20 de julio, FJ. 4.º «... tampoco impide que la colaboración entre el Estado y las Comunidades Autónomas se proyecte también en este ámbito (el internacional), mediante estructuras adecuadas, para las que tanto la Constitución (art. 150.2) como el Derecho comparado (Tratados-marco, etc.) ofrecen amplias posibilidades». A. PEREZ CALVO: *Estado autonómico y Comunidad europea*, Madrid, 1993, págs. 55-58 con la bibliografía citada. J. E. SORIANO: *Comunidades Autónomas y Comunidad europea*, Madrid, 1990, págs. 207 y sigs.

(43) Llama la atención sobre este punto C. STARCK: *Der demokratische Verfassungsstaat*, Tübinga, 1995, pág. 15.

ción (44) (art. 94,1 y Reglamentos de las Cámaras). Sin embargo, en los últimos años se ha consolidado una práctica al margen de estas dos: la autorización de las Cortes Generales en forma de ley. Esta práctica afecta a la tramitación de los tratados constitutivos de ayuda al desarrollo (45). La justificación de esta tercera forma de intervención de las Cortes se fundamenta en los dictámenes emitidos por el Consejo de Estado en Pleno (art. 21 LOCE), que consideró necesaria la forma de ley para la participación española en esas organizaciones (46).

Esta práctica no hace sino poner de manifiesto la contradicción existente en nuestro sistema (47), ya que mientras que el legislador ordinario, en el desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, debe atenerse necesariamente al procedimiento de ley orgánica, el poder Ejecutivo puede afectarlos por un acuerdo internacional, a cuya ratificación el Parlamento le autoriza por un acto no de ley (48). Pero esa contradicción está en el texto de la Constitución, sin que resulte adecuado introducir una tercera forma (la ley) a través de la vía fáctica (49).

(44) J. PUENTE EGIDO: «La participación de las Cortes...» (nota 9), pág. 614, esta nueva forma de aprobación de las Cortes Generales para la formación de la voluntad del Estado en obligarse internacionalmente, supone una ruptura con nuestra tradición (monárquica y republicana), pues hasta la vigente Constitución, las Cortes, cuando su intervención era requerida para concluir un acuerdo internacional, lo hacían siempre en forma de ley.

(45) E. ORIHUELA CALATAYUD: «De la práctica española en el trámite de los tratados constitutivos de organizaciones internacionales financieras de ayuda al desarrollo (1979-1990)», en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 48, 1991, núm. 2, pág. 377, nos encontramos ante tratados que comportan obligaciones financieras para la Hacienda Pública, ya que la participación en este tipo de organizaciones exige la suscripción de acciones de su capital, e implican por tanto un aumento de gasto e incluso la emisión de deuda pública, actuaciones éstas que se encuentran amparadas en la Constitución por el principio de reserva de ley (arts. 134.5 y 135.1).

(46) Los términos exactos de los dictámenes del Consejo de Estado en relación con la incorporación de España al Banco Asiático de Desarrollo, y a la Corporación Interamericana de Inversiones, pueden verse en E. ORIHUELA CALATAYUD: «De la práctica española...» (nota 45), pág. 379, nota 16. Una posición contraria, defensora del trámite *ad hoc* previsto en el artículo 74.2 de la Constitución, es la mantenida por la Asesoría Jurídica Internacional del Ministerio de Asuntos Exteriores, en su informe núm. 5320, de 30 de diciembre de 1987, *ibidem*, nota 17.

(47) J. PUENTE EGIDO: «La participación de las Cortes...» (nota 9), pág. 611, nuestra Constitución está marcada en este punto por una contradicción inmanente: situadas las principales reglas reguladoras de esta competencia, entre las facultades de las Cortes Generales, es al Gobierno y no al Parlamento a quien la Constitución atribuye sustancialmente esta competencia, como no podía ser menos en respeto de nuestra tradición.

(48) J. PUENTE EGIDO: «La participación de las Cortes...» (nota 9), págs. 618-619.

(49) Las consecuencias de esta tramitación irregular, por lo que respecta al Derecho material no parecen alarmantes, pues como ha puesto de manifiesto E. ORIHUELA CALATAYUD: «De la práctica española...» (nota 45), págs. 385-386, el recurso de inconstitucionalidad no puede plan-

Por lo que se refiere a la naturaleza jurídica del acto de aprobación de las Cortes generales previsto en el artículo 94.1 de la CE, la doctrina es unánime en afirmar que no se trata de un acto legislativo ni por su forma ni por sus efectos (50). Obtenida la aprobación, el Gobierno, de cuya discrecionalidad dependía la iniciativa en la celebración, vuelve a gozar nuevamente de un marco de discrecionalidad, puesto que la autorización implica un permiso, pero no una obligación (51). En cambio, en el caso de que no obtenga autorización parlamentaria no puede celebrarlo. El control parlamentario en el acto de aprobación, revista éste cualquiera que sea de las tres formas antes mencionadas (ley orgánica, acto de aprobación y ahora también la forma irregular de ley ordinaria), tiene siempre por objeto la aceptación o el rechazo del tratado presentado por el Gobierno. ¿Cuáles son las consecuencias jurídicas que recaen sobre el tratado, dependiendo de la forma en que se ejerza el control parlamentario previo? En opinión de un sector de la doctrina, la distinta intervención de las Cortes (ley orgánica o simple aprobación) no confiere a las normas del tratado una categoría especial que esas mismas normas no posean ya. Es decir, la ley orgánica no confiere al tratado ratificado a través de ella una categoría superior (52). Esto es lógica consecuencia de que en España la relación entre ley orgánica y ley ordinaria no es una relación derivada del principio de jerarquía normativa, sino del principio de competencia.

La participación de las Cámaras legislativas alcanza también a la determinación del número y contenido de las reservas. Ello es posible debido a su contenido individual y al momento en que se verifica su formalización en el orden internacional (perfeccionamiento del tratado) (53). El Parlamento debe pronunciarse sobre la supresión o modificación de las reservas o declaraciones que pretende formular el Gobierno. Si la Cámara tiene una posición distinta a la propuesta por el Gobierno, sus propuestas de modificación tienen la consideración de enmiendas al articulado (art. 155.2, *in fine*, RC). Las propuestas de

tearse porque ya ha transcurrido el plazo oportuno de interposición; tampoco parece probable que un juez ordinario vaya a plantear una cuestión de constitucionalidad, si se tiene en cuenta el contenido de esos tratados.

(50) A. RODRÍGUEZ CARRIÓN: «Regulación de la actividad internacional...» (nota 24), pág. 105, recogiendo la opinión en el mismo sentido de Díez de Velasco, Espada Ramos, Juste Ruiz y Mangas Martín. En el mismo sentido, J. PUENTE EGIDO: «La participación de las Cortes...» (nota 9), pág. 614, los tratados a los que se refiere el artículo 94.1 la previa autorización de las Cortes Generales se exterioriza por un acto parlamentario de carácter no legislativo.

(51) A. RODRÍGUEZ CARRIÓN: «Regulación de la actividad...» (nota 24), pág. 105.

(52) J. PUENTE EGIDO: «La participación de las Cortes...» (nota 9), pág. 615.

(53) R. M. RIQUELME CORTADO: «La tramitación de los tratados internacionales...» (nota 15), pág. 425.

adición de reserva se consideran igualmente enmiendas al articulado, si la reserva estaba prevista en el tratado, y enmiendas a la totalidad, si la reserva, cuya adición propone la Cámara, no estaba prevista en el tratado (art. 156.2.2.º RC). Declaraciones y reservas tienen, pues, el mismo tratamiento (54). El reglamento del Congreso omite cualquier previsión acerca de la intervención de las Cortes en la aceptación y objeción a las reservas y declaraciones de otros Estados. Se ha propuesto que debe seguirse analógicamente el mismo trámite que en el caso de que sea el propio Estado el que propone la reservas, cuando estas hayan sido formuladas antes (55).

La intervención parlamentaria en la denuncia de los tratados está prevista expresamente en la CE para todos aquellos que requieran la aprobación de las Cortes antes de su celebración (art. 94.1), pero no para aquellos que exigen la aprobación mediante ley orgánica para su tramitación. Esta omisión se debe, en opinión de algunos, a que en los tratados a los que se refiere el artículo 93, no hay lugar a denuncia (56). Para otro sector de la doctrina ha de interpretarse, en cambio, que en este supuesto la denuncia se tramitará a través de ley orgánica (57).

Aunque las fuentes que pueden dar lugar a una obligación internacional son múltiples, sólo los tratados son tenidos en cuenta a la hora de regular el control parlamentario (58) en la Constitución española. La falta de previsión constitucional en cuanto al control de los actos unilaterales guarda relación con la ausencia de previsión respecto a los efectos jurídicos de esas mismas fuentes en el ordenamiento español (59). El control parlamentario en todos estos casos entra dentro del concepto de control político general. La doctrina española ha elaborado diversas propuestas para el control del poder exterior ejercido por el Gobierno. Se propone atender a la distinción entre función de Estado y función

(54) R. M. RIQUELME CORTADO: «La tramitación de los tratados internacionales...» (nota 15), pág. 426, valora positivamente esta equiparación.

(55) R. M. RIQUELME CORTADO: «La tramitación de los tratados internacionales...» (nota 15), pág. 429.

(56) J. PUENTE EGIDO: «La participación de las Cortes...» (nota 9), págs. 615 y 619.

(57) M. ARAGÓN REYES: «La Constitución española y el el Tratado de la Unión Europea: la reforma de la Constitución», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 42, 1994, pág. 20.

(58) A. RODRÍGUEZ CARRIÓN: «Regulación de la actividad internacional...» (nota 24), pág. 96 y pág. 100.

(59) Ello ha llevado a González Campos a sostener que los actos de las organizaciones internacionales que sean obligatorios para los Estados miembros, requieren en España su publicación en el *BOE*, en analogía con lo que la Constitución establece para los Tratados. Crítico al respecto A. RODRÍGUEZ CARRIÓN: «Regulación de la actividad internacional...» (nota 24), pág. 100.

de Gobierno, considerando que todos los actos de Estado deben someterse al control previo de las Cortes (60), mientras que los actos de gobierno quedarían sometidos al control político general. Otros autores argumentan sobre la base de la distinción entre control de las directrices de la política exterior y control de los resultados, considerando que en el sistema español el control parlamentario tiene por objeto los resultados (61). No obstante, estas propuestas doctrinales no han alcanzado influencia en la práctica, donde el control parlamentario sigue atendiendo a los dos criterios expresamente indicados en la CE: control político del Gobierno y control en la celebración de determinados tratados internacionales.

2.2. *La intervención del Parlamento alemán en el control del poder exterior*

La aprobación prevista en el artículo 59.2 de la LFB reconoce al Parlamento la posibilidad de aceptar o rechazar el tratado en bloque (62), aunque también resulte posible la aprobación indicando al Gobierno que efectúe una reserva (63). Está necesitada de aprobación parlamentaria tanto la modificación de los tratados internacionales como su denuncia. Resulta irrelevante que la denuncia sea unilateral, porque no por ello puede calificarse como un acto unilateral del Estado (64) exento de control parlamentario. La razón que aduce la doctrina es que la garantía del artículo 59.2 de la LFB no tiene por objeto solamente la protección de las competencias parlamentarias, sino también la garantía de los derechos individuales y éstos pueden verse afectados tanto por la celebración como por la denuncia.

La mayoría exigida en el artículo 79.2 de la LBF para la constitución del

(60) A. RODRÍGUEZ CARRIÓN: «Elaboración y control de la política exterior en un sistema democrático», en *Revista de Estudios internacionales*, 1980, págs. 403 y sigs. IDEM: «Regulación de la actividad internacional...» (nota 24), págs. 96-97.

(61) J. PUENTE EGIDO: «La participación de las Cortes...» (nota 9), pág. 612, el control parlamentario sobre la política internacional es un control sobre los resultados, no sobre las líneas directrices de la política, aún así se debe conceder al Gobierno un buen margen de discrecionalidad.

(62) Artículo 82.2 del Reglamento del Parlamento Federal. Cfr. W. G. GREWE: «Auswärtige Gewalt...» (nota 8), núm. marginal 50 y 51.

(63) R. WOLFRUM: «Kontrolle...» (nota 35), págs. 48-49.

(64) B. EHRENZELLER: *Legislative Gewalt und Außenpolitik*, Basel y Frankfurt, 1993, pág. 208; J. KOKOTT: «Artikel 59 Abs. 2 GG und einseitige völkerrechtliche Akte», en K. HEILBRONNER Y OTROS (eds.): *Staat und Völkerrechtsordnung. Festschrift Karl Doebering*, Berlín y otras, 1989, pág. 513.

tratado de la Unión Europea, se exige también para la modificación de dichos tratados (65). La modificación de una facultad o habilitación concedida originariamente mediante ley requiere para su modificación una ley de la misma cualidad (66). Esto está en congruencia con la práctica ordinaria de la modificación de tratados en el marco de las reglas generales del artículo 59.2.1.^a frase de la LFB.

Si la prescripción del artículo 59.2.1.^a frase, de la LFB pudiera interpretarse en el sentido de una teoría sustancial (*Wesentlichkeitstheorie*), supondría que todos los actos importantes o sustanciales de la política exterior estarían sometidos a un control parlamentario (67), pero esta interpretación ha sido rechazada expresamente por el Tribunal Constitucional (68). Los actos del poder exterior no están comprendidos en este precepto y, en consecuencia, son competencia del Ejecutivo (69). Esto es, cuando la actuación del Gobierno federal en el tráfico internacional regula las relaciones políticas de la República o afecta a materias objeto de legislación federal, no por ello hay que considerar necesariamente que resulta obligado elegir la forma de un tratado y que, en consecuencia, venga exigida la aprobación en forma de ley (70).

La vinculación de Alemania a través de resoluciones de las organizaciones internacionales está legitimada por la aprobación del Parlamento federal de la entrada de la República en tales organizaciones. En la medida en que sea necesaria la transformación de las resoluciones en Derecho nacional, está sometida tal transformación al control parlamentario (71).

Junto a la colaboración parlamentaria en el ejercicio del poder exterior a través de la aprobación mediante ley de un tratado internacional ha entrado en juego la aprobación anticipada (72). Esta representa, a juicio de Wolfrum (73), un mecanismo innovador susceptible de fortalecimiento, que sirve para contri-

(65) R. GEIGER: «Die Mitwirkung des deutschen Gesetzgebers an der Entwicklung der Europäischen Union. Zur Auslegung des Art. 23 Abs.1 Satz 2 und 3 GG», en *Juristen Zeitung*, 1996, pág. 1094.

(66) R. GEIGER: «Die Mitwirkung des deutschen Gesetzgebers...» (nota 65), pág. 1095.

(67) G. F. SCHUPPERT: «Die verfassungsrechtliche...» (nota 5), pág. 50, el artículo 59.2 no tiene la función de conceder legitimidad democrática a las actuaciones del ejecutivo, sino la de facilitar a la oposición el control del ejecutivo y garantizar la publicidad de la decisión en determinados casos.

(68) *Entscheidungen des Bundesverfassungsgericht*, vol. 68, 1, pág. 13 y pág. 61.

(69) J. KOKOTT: «Kontrolle...» (nota 1), pág. 939.

(70) J. KOKOTT: «Kontrolle...» (nota 1), pág. 939.

(71) R. WOLFRUM: «Kontrolle...» (nota 35), págs. 51 y sigs.

(72) Cfr.: M. DREGGER: *Die antizipierte Zustimmung des Parlaments zum Abschluß völkerrechtlicher Verträge, die sich auf Gegenstände der Bundesgesetzgebung beziehen*, Berlín, 1989.

(73) R. WOLFRUM: «Kontrolle...» (nota 35), págs. 46-47.

buir a la legitimación parlamentaria del Derecho internacional, en una época en que éste se desarrolla cada vez más (74).

La parlamentarización del poder exterior ha conducido a una revalorización de la «resolución parlamentaria simple». Una resolución parlamentaria simple es una decisión adoptada por el Parlamento sin seguir el procedimiento formal de ley (75). A través de esta forma colabora este órgano, de distintos modos, en la estructuración de las relaciones exteriores en ámbitos como, por ejemplo, la política de seguridad. Otras resoluciones simples sirven al Parlamento para dirigir y controlar la política del Gobierno de modo puntual (76). En comparación con la ley formal, la resolución parlamentaria tiene la ventaja de una mayor flexibilidad, por ello se presenta como elemento formal adecuado para un control parlamentario reforzado y para la colaboración del Parlamento en la política exterior (77), aunque esta forma no esté exenta de objeciones (78).

Aunque la LFB no conoce una forma obligatoria para la colaboración del Parlamento federal en el ejercicio del poder exterior, hay algunos aspectos de su régimen jurídico que no pueden dejar de observarse. Así, la reserva de ley formal del artículo 59.2 de la LFB sitúa estrechos límites a una delegación de

(74) En la discusión, manifestó sus reservas frente a la postura defendida por el ponente, claramente a favor del fortalecimiento del Parlamento en el control del poder exterior K. STERN (*Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, vol. 56, 1997, págs. 99-100), por entender que es muy difícil que este tipo de colaboración-control funcione en la práctica, por la pérdida de capacidad de negociación que ello supone para el Gobierno y por que el ejercicio del poder exterior como un «poder combinado», supone también una responsabilidad combinada; lo cual implica el peligro de que nadie asuma la responsabilidad.

(75) H. BUTZER: «Der Bereich des schlichten Parlamentsbeschlusses. Ein Beitrag insbesondere zur Frage der Substitution des förmlichen Gesetzes durch schlichten Parlamentsbeschluss», en *Archiv des öffentlichen Rechts*, 119, 1994, págs. 69-71, ofrece una discusión del concepto en la doctrina alemana, que distingue entre las resoluciones parlamentarias constitutivas, las declaraciones parlamentarias (o tomas de postura) previstas en el artículo 23.3 de la LFB y, por último, la resolución parlamentaria simple.

(76) Se muestra partidario de un «Parlamentarismo cooperativo» H. H. KLEIN: «Aufgaben des Bundestages», en J. ISENSEE y P. KIRCHHOF (eds.): *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, vol. II, Heidelberg, 1987, págs. 345-346, porque a su juicio ello no tiene por qué perjudicar el antagonismo entre mayoría y oposición. Sobre el riesgo que estos mecanismos suponen para la separación de poderes advirtió en la discusión FROWEIN, *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, vol. 56, 1997, pág. 108.

(77) R. WOLFRUM: «Kontrolle...» (nota 35), pág. 63.

(78) Esta forma de resoluciones presenta el inconveniente de que no son publicadas y de que, a través de ellas, el Parlamento puede evadirse de intervención de otros órganos constitucionales cuya intervención habría sido necesaria, si se hubiera adoptado la decisión mediante la forma de ley. Cfr.: H. BUTZER: «Der Bereich» (nota 75), págs. 100-102.

la competencia parlamentaria de aprobación (79). En consecuencia, resultaría contraria a Derecho la concesión de una facultad general en favor del Gobierno para celebrar determinadas categorías de tratados y ponerlos en práctica.

En cambio, la aprobación anticipada del Parlamento federal para la celebración de tratados internacionales es legítima y consiste en la aprobación de una ley federal, según la cual, el Gobierno resulta facultado para celebrar un tratado internacional y ejecutarlo en el Derecho interno mediante un reglamento (80). Una aprobación anticipada de este tipo debe perfilar suficientemente a través de la ley el contenido, el fin y la medida del tratado (en el sentido del art. 80 de la LFB), lo cual supone poner al Gobierno un marco de acción muy limitado. Sobre la base de dos supuestos de aprobación anticipada (81), que efectivamente han tenido lugar, Wolfrum (82) propone de *constitutio ferenda* un posible añadido al artículo 59.2, que permita al Parlamento facultar al Gobierno para celebrar tratados, sin unas condiciones tan estrechas como las que marca el artículo 80. La ventaja de esta posible reforma del procedimiento de la aprobación anticipada sería el fortalecimiento de la colaboración parlamentaria en la fijación del tratado. No obstante, parece difícil que tal propuesta pueda llevarse a la práctica.

2.3. Consideraciones comparativas

La aparición de «nuevas formas» de intervención parlamentaria en el control del poder exterior, tanto en España como en Alemania, ponen de manifiesto —una vez más— cómo las medidas jurídicas surgen siempre para dar respuesta a determinados problemas prácticos. Ante la evolución experimentada por las obligaciones internacionales de los Estados, que han crecido en número e intensidad, la práctica jurídica ha intentado dar respuesta a este fenómeno, no sólo con un número mayor de intervenciones parlamentarias, sino introduciendo matices en el modo en que éste interviene. Observando esta evolución, puede decirse que la connotación de «internacional» queda en un segundo pla-

(79) R. WOLFRUM: «Kontrolle...» (nota 35), pág. 46, en la nota 37, puede verse la jurisprudencia constitucional al respecto.

(80) M. DREGGER: «Die antizipierte...» (nota 72), págs. 70 y sigs.; R. WOLFRUM: «Kontrolle...» (nota 35), pág. 46 y sigs.

(81) R. WOLFRUM: «Kontrolle...» (nota 35), pág. 48, nota 46; G. KRETSCHMER: «Gesetzesentwürfe aus der Mitte des Bundestages und völkerrechtliche Verträge», en *Für Recht und Staat. Festschrift für Helmrich zum 60. Geburtstag*, Munich, 1994, págs. 540-541.

(82) R. WOLFRUM: «Kontrolle...» (nota 35), pág. 47.

no, adquiriendo mayor relevancia la materia objeto de negociación internacional. Sin embargo, mientras que a las distintas formas de intervención no se atribuya alguna consecuencia jurídica, no parece que esta diversificación haya aportado mayores garantías en el control del poder exterior. En el caso español, poca diferencia existe entre la aprobación parlamentaria mediante ley o mediante un acto de autorización, pues la ulterior posición del tratado en el Derecho español no se ve por ello modificada. En el caso alemán, tampoco parece decisiva la resolución parlamentaria antes de la intervención de las fuerzas armadas en el extranjero, pues el Gobierno cuenta, en último término, con la mayoría parlamentaria.

En Alemania, además, la actual evolución del control parlamentario tiende a facilitar que el Parlamento intervenga no sólo más y de diversas formas, sino también a que intervenga antes, mediante la figura de la aprobación anticipada. Este último fenómeno de la prioridad en el tiempo no ha sido apuntado por la doctrina española ni llevado a la práctica.

Resulta conocido que España ha tomado ejemplo de los órganos de participación de los *Länder* en la formación de la voluntad exterior de la Federación, para crear la Conferencia de Asuntos relacionados con las Comunidades Europeas y las Conferencias sectoriales. Ante la eventual posibilidad de introducir también en nuestro país la fórmula de la aprobación anticipada, conviene tener presente las dudas que este procedimiento plantea respecto al principio de la separación de poderes.

3. CONTROL EJERCIDO POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

3.1. *El control del Tribunal Constitucional español*

El Tribunal español tiene competencias con respecto al ejercicio del poder exterior, a través del control previo de constitucionalidad de los tratados regulado en el artículo 95.2 de la CE (83). Debe pronunciarse sobre si existe o no contradicción entre el texto del tratado sobre el que se proyecta prestar consentimiento y el texto de la CE (art. 78.1 de la LOTC). Hasta el momento, sólo se ha producido un caso de control previo de un tratado por parte del Tribunal Constitucional español. El Tribunal, en su declaración de 1 de julio de 1992 (84), se

(83) M. DÍEZ DE VELASCO: *Instituciones de Derecho internacional Público*, 10.^a ed. Madrid, 1994, pág. 161.

(84) BOE de 24 de julio de 1992. A. MANGAS MARTÍN: «La declaración del Tribunal Constitucional sobre el artículo 13.2 de la Constitución (derecho de sufragio pasivo de los extranjeros):

pronunció acerca de la incompatibilidad del tratado de Maastricht con el artículo 13 de la CE. En esta declaración el Tribunal expone que la interpretación conjunta de los artículos 93 y 95 de la CE, no permite la ratificación de tratados internacionales con estipulaciones contrarias al texto constitucional, sin una reforma expresa de la misma, a través de los procedimientos previstos en el título X. Por lo demás, pueden emplearse para el control de los tratados las vías ordinarias del recurso de inconstitucionalidad (art. 32.1 de la LOTC), la cuestión de constitucionalidad (art. 35 de la LOTC) y, por último, el recurso de amparo, si la violación de un derecho o libertad, de los protegidos por este recurso, resulta imputable de modo directo a la aplicación de un tratado por el órgano judicial (art. 44.1 de la LOTC).

En respuesta a un recurso de amparo, el Tribunal constitucional español se ha pronunciado, acerca de hasta qué punto es necesaria la sanción real para la válida celebración de los tratados, señalando con claridad que no es necesaria en los acuerdos en forma simplificada; la sanción real sólo tiene lugar, cuando la manifestación del consentimiento se produce en forma solemne. La CE no exige, pues, un paralelismo entre convenios internacionales en los que deben intervenir las Cortes generales, para los cuales se sigue un criterio material y convenios internacionales que deben ser sancionados por el Rey, para los cuales se sigue el criterio de la forma solemne de celebración (85).

No se ha dictado ninguna sentencia en respuesta a una cuestión de inconstitucionalidad en contra de las normas de un tratado internacional, sin embargo, el Tribunal ha decidido indirectamente en materia de relaciones internacionales, con ocasión de determinados conflictos de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas. La inicial tendencia de la jurisprudencia constitucional a considerar como una cuestión de «relaciones internacionales» —y por tanto como una materia de la exclusiva competencia del Estado, a tenor del artículo 149.1.3.^a— cualquier asunto en el que interviniese un Estado extranje-

una reforma constitucional innecesaria o insuficiente», en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 44, 1992-2, págs. 383 sostiene que el Tribunal debió analizar no sólo el artículo 8 B del tratado, sino el texto completo del mismo. F. RUBIO LLORENTE: «La Constitución española y el Tratado de Maastricht», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 36, 1992, pág. 261, afirma que el TC puede ir más allá de los límites expuestos por el Gobierno al objeto de la consulta, debía contrastar la estipulación convencional con la totalidad del texto constitucional. Véase también A. LOPEZ CASTILLO y J. POLAKIEWICZ: «Verfassung und Gemeinschaftsrecht in Spanien. Zur Maastricht Erklärung des Spanischen Verfassungsgerichts», en *Europäische Grundrechte-Zeitschrift*, 1993, págs. 277 y sigs.

(85) Auto del TC de 11 de abril de 1991, FJ. 2.º, cfr.: A. FERNÁNDEZ TOMÁS: «La válida celebración...» (nota 16), págs. 345-347.

ro (86), experimentó un giro considerable, a partir de la Sentencia 153/1989, de 5 de octubre, en la que se establece una diversificación de contenidos, entre los cuales algunos siguen formando parte de las relaciones internacionales («tratados, paz y guerra, reconocimientos de Estados, representación exterior, responsabilidad internacional») y aclara que cualquier relación con temas en los que estén involucrados otros países o ciudadanos extranjeros no implica necesariamente que la competencia resulte atribuida a la regla «relaciones internacionales» (87).

Igualmente, con motivo de recursos de inconstitucionalidad contra normas de Derecho interno, la jurisprudencia constitucional ha declarado que la vinculación del Reino de España al Derecho comunitario no significa que, en virtud del artículo 93 de la CE, las normas comunitarias tengan rango constitucional (88); ha rechazado pronunciarse sobre cualquier posible infracción del Derecho comunitario por alguna norma española, señalando que la primacía del Derecho comunitario obliga a que sean los órganos comunitarios los llamados a decidir sobre tales conflictos (89) y ha interpretado el artículo 96.1 de la CE, señalando que este precepto otorga a las normas provenientes de un tratado internacional de una especial fuerza pasiva, pero no las convierte en normas constitucionales, de modo que en caso de una supuesta contradicción entre el contenido del tratado y otras posibles normas posteriores, tales conflictos deben ser decididos por la jurisdicción ordinaria (90).

La jurisprudencia constitucional española ha abordado también el tema de la vinculación del ordenamiento español a otras fuentes de Derecho internacional de carácter no convencional. El TC, refiriéndose a las Resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, aún reconociendo la estrecha relación entre éstas y el Derecho internacional consuetudinario (91), considera que

(86) Así, por ejemplo, la Sentencia 44/1982, FJ. 4.

(87) FJ. 8 de la mencionada Sentencia 153/1989; esta orientación de la jurisprudencia ha sido confirmada por la Sentencia 54/1990, de 28 de marzo, en la que se distingue entre distribución y dispensación de estupefacientes y psicótrópos dentro del territorio de la Comunidad Autónoma (entendiendo que se trata entonces de actuaciones internas) y el comercio exterior (competencia que corresponde al Estado).

(88) STC 28/1991, FJ. 4.

(89) STC 28/1991, FJ. 6.

(90) STC 49/1988, FJ. 14, *in fine*, y STC 28/1991, FJ. 5. Sobre este tema, J. L. REQUEJO PAGÉS: «Consideraciones en torno a la posición de las normas internacionales en el ordenamiento español», en *Revista española de Derecho Constitucional*, núm. 34, 1992, págs. 41 y sigs.

(91) A. FERNÁNDEZ TOMÁS: «La válida celebración...» (nota 16), pág. 355, citando al TC «tanto aquellas —las Reglas de Beijing— como ésta —la Recomendación del Comité de Ministros— expresan una doctrina generalmente aceptada en el correspondiente ámbito».

«no vinculan al legislador, ni pueden ser tomadas en consecuencia como referencia para resolver la constitucionalidad de la ley». El Tribunal estima que su valor alcanza sólo a inspirar la acción de los poderes públicos.

Este es el estado de la cuestión respecto al control del poder exterior en la jurisprudencia constitucional española.

3.2. *El control del Tribunal Constitucional Federal*

El objeto de la discusión en la doctrina alemana sobre el control del TC en materia de poder exterior se centra en tres aspectos (92): 1.º el control sobre la constitucionalidad de actos del poder Ejecutivo; 2.º la vinculación del poder exterior a los derechos fundamentales, y 3.º la cuestión de la «autolimitación judicial». El control judicial en materia de poder exterior constituye una novedad de la LFB respecto a la Constitución de Weimar (93), y recae tanto sobre los actos del Gobierno federal como sobre los del Parlamento federal (94). La actividad exterior del Gobierno no puede quedar excluida del control constitucional alegando la doctrina de los actos políticos (95), pero tampoco este control puede suponer que el Tribunal reemplace al Ejecutivo en la toma de decisiones que le corresponden. Al poder exterior le compete un campo de valoración y juicio que permita la adecuada defensa de los intereses de la RFA en el exterior. La ponderación de las circunstancias de la negociación, y la decisión política que se adopte, están sometidas a un control constitucional limitado, que sólo puede consistir en determinar si la decisión adoptada por el Gobierno, y en su caso ratificada por el Parlamento, era o no sostenible (*Vertretbarkeit*).

La forma y el contenido del control judicial se determina según el caso concreto, a través de los criterios constitucionales de control aplicables al caso (criterio material), por una parte, y por otra parte, a través de los límites funcionales de la jurisdicción constitucional (96) (criterio funcional).

(92) Nos referimos aquí a la discusión de las Jornadas de la «Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer» que mencionamos al comienzo del trabajo.

(93) W. G. GREWE: «Auswärtige Gewalt...» (nota 8), núm. marginal 89.

(94) K. HEILBRONNER: «Kontrolle...» (nota 5), pág. 10.

(95) K. HEILBRONNER: «Kontrolle...» (nota 5), pág. 12; G. F. SCHUPPERT: «Die verfassungsrechtliche Kontrolle...» (nota 5), págs. 33 y sigs.

(96) H. SIMON: «Verfassungsgerichtsbarkeit», en E. BENDA, W. MAIHOFFER, H. J. VOGEL (eds.): *Handbuch des Verfassungsrechts*, vol. 2, 2.ª ed., 1995, Berlín-Nueva York, pág. 1665, los límites funcionales de la jurisdicción constitucional deben buscarse en la propia Constitución. K. SCHLAICH: *Das Bundesverfassungsgericht. Stellung, Verfahren, Entscheidungen*, 3.ª ed., Munich, 1994, núm. marginal 469, pág. 292.

Los principios específicos de control para la estructuración de las relaciones exteriores se encuentran en la LFB en los artículos 23, 24, 26 (97), 87a (98) y 115a (99). Asimismo, son criterios materiales de control el principio funda-

(97) Artículo 26.1. «Los actos susceptibles de perturbar la convivencia pacífica de los pueblos y especialmente de preparar una guerra de agresión, realizados con esa intención, son inconstitucionales. La ley penal deberá establecer sanciones para dichos actos.

2. Sin autorización del Gobierno federal no podrán ser fabricadas, transportadas, ni comercializadas armas destinadas a la guerra. Las cuestiones de detalle serán reguladas por una ley federal».

(98) Artículo 87a.1. «La Federación organizará las fuerzas armadas para la defensa. Sus efectivos numéricos y las líneas fundamentales de su organización deberán expresarse en el presupuesto.

2. Fuera de los supuestos de defensa, las fuerzas armadas sólo pueden intervenir en la medida en que la presente Ley Fundamental expresamente lo permita.

3. Las fuerzas armadas tienen la facultad de proteger objetivos civiles en casos de defensa y en casos de conflicto y asumir las tareas de regulación del tráfico, en la medida en que sea necesario para el cumplimiento de su tarea de defensa. Además, pueden transpasarse a las fuerzas armadas en casos de defensa y en casos de conflicto la protección de objetivos civiles para colaborar así con medidas policiales. Las fuerzas armadas colaborarán en estos casos con las autoridades competentes.

4. El Gobierno federal podrá emplear las fuerzas armadas para apoyar a la policía y a la policía nacional de fronteras en la protección de la propiedad civil y en la lucha contra sediciosos organizados y militarmente armados, siempre que se reunan las condiciones expresadas en el artículo 91.2, y cuando no resultaren suficientes las fuerzas de la policía y de la policía federal de fronteras, para prevenir un peligro inmediato para la existencia o el régimen fundamental de libertad y democracia de la Federación o de un *Land*. Cesará la actuación de las fuerzas armadas cuando así o exigieran el Parlamento federal o el Senado.»

(99) Artículo 115a.1. «La constatación de que el territorio federal está siendo atacado con las armas o que se halla bajo la amenaza directa de tal ataque (caso de defensa) la hará el Parlamento federal con la aprobación del Senado. Dicha constatación se hará a petición del Gobierno federal y requiere una mayoría de dos tercios de los votos emitidos y, como mínimo, la mayoría de los miembros del Parlamento federal.

2. Cuando la situación exigiera de modo irrecusable una actuación inmediata y se opusieran a una reunión a tiempo del Parlamento obstáculos invencibles o cuando el mismo no formara quórum, el caso de defensa será constatado por la Comisión conjunta por mayoría de dos tercios de los votos emitidos y, como mínimo por la mayoría de sus miembros.

3. La constatación será promulgada por el Presidente federal de acuerdo con el artículo 82 mediante publicación en el Boletín de las Leyes federales. Si ello no fuera posible a su debido tiempo, la publicación se realizará de otra manera; se publicará en el Boletín de las Leyes federales tan pronto como lo permitan las circunstancias.

4. Si el territorio federal fuere atacado por las armas y los órganos federales competentes no estuvieren en condiciones de hacer inmediatamente la constatación de acuerdo con el inciso 1, frase 1.ª, dicha constatación se considerará como hecha y como promulgada en el momento en que hubiere comenzado el ataque. El Presidente federal dará a conocer ese momento tan pronto como lo permitan las circunstancias.

mental de la apertura o «amistad hacia el Derecho internacional» (*Völkerrechtsfreundlichkeit*) (100) y del respeto al Derecho internacional consuetudinario (101) [art. 25 (102) de la LFB]. En cambio, los principios fundamentales de la Constitución contenidos en el artículo 20 y los derechos fundamentales en general, no constituyen un mandato concreto a los poderes públicos para el mantenimiento de las relaciones exteriores o la regulación interestatal de determinadas cuestiones en un país extranjero (103). En consecuencia, los derechos fundamentales sólo se convierten en criterio material para el control constitucional del poder exterior, cuando se trate de valorar los efectos de una actuación de los poderes públicos dentro del Estado (vinculación territorial) o sus efectos en la estructuración de las relaciones de nacionalidad (vinculación personal) (104). Es decir, de los derechos fundamentales no se deriva —más allá del artículo 16.a).1 (105) de la ley fundamental y del

5. Cuando hubiere sido promulgada la constatación del caso de defensa y si el territorio federal estuviere siendo atacado con las armas, el Presidente federal podrá emitir declaraciones a los efectos del Derecho internacional sobre la existencia del caso de defensa con la aprobación del Parlamento federal. Reunidas las condiciones establecidas en el inciso 2, pasará a sustituir al Parlamento federal la Comisión conjunta».

(100) C. TOMUSCHAT: «Die Entscheidung für die internationale Offenheit», en J. ISENSEE y P. KIRCHHOF (eds.): *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, vol. VII, Heidelberg, 1992, págs. 458 y sigs.

(101) H. STEINBERGER: «Allgemeine Regeln des Völkerrechts», en J. ISENSEE y P. KIRCHHOF (eds.): *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, vol. VII, Heidelberg, 1992, págs. 543 y sigs.

(102) Una traducción de este artículo en *La acción exterior y comunitaria de los Länder...*, pág. 27.

(103) A juicio de K. STERN: *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, III/2, Munich, 1994, parágrafo 94, pág. 1622, el artículo 1.2 de la LFB supone el deber de la RFA de colaborar en la realización de los derechos fundamentales en el mundo. En el mismo sentido, H. D. JARASS y B. PIEROTH: *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, 3.ª ed., Munich, 1995, pág. 42; W. G. GREWE: «Auswärtige Gewalt...» (nota 8), núm. marginal 32, expresa esa idea anotando que no existe un sistema del poder exterior en la Ley fundamental de Bonn, no intenta ordenar los preceptos relevantes en la materia de modo sistemático.

(104) H. D. JARASS y B. PIEROTH: *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, 3.ª ed., Munich, 1995, pág. 45, el artículo 1.3 de la ley fundamental se refiere exclusivamente al poder público dentro del Estado. Con ello se limita el ámbito espacial de vigencia de los derechos fundamentales. J. ISENSEE: «Weltpolizei für Menschenrechte. Zur Wiederkehr der humanitären Interventionen», en *Juristen Zeitung*, 1995, pág. 429, se pronuncia en contra de que en virtud del título de la universalización de los derechos humanos, quede atrofiado el principio de autodeterminación y la inviolabilidad del territorio de los Estados. Aunque la perspectiva de este trabajo es el Derecho internacional, esta afirmación, vista desde el Derecho estatal, sirve en apoyo de lo que se afirma en el texto.

(105) Artículo 16a.1. «Los perseguidos políticos gozan del derecho de asilo».

artículo 1.1.2.^a frase (106) de la LFB— ningún deber concreto para el poder exterior en relación con los nacionales de un país extranjero (107).

Además de los preceptos de la LFB mencionados, la jurisprudencia constitucional ha desarrollado unos principios de interpretación que limitan considerablemente el control de la política exterior (108). El Tribunal no debe perder de vista la situación política del punto de partida desde la cual se ha desarrollado el tratado, la realidad política que el tratado intenta estructurar o modificar. A partir de aquí, se construye la llamada teoría de la aproximación (*Annäherungstheorie*), en virtud de la cual se considera suficiente que las medidas contenidas en el tratado tengan como fin acercarse a la plena constitucionalidad, para pronunciarse a favor de su legalidad. Es decir, basta que se trate de alcanzar una situación jurídica que está sustancialmente más cerca de la LFB que la situación que constituía el punto de partida (109). Un rigorismo constitucional que sólo permitiera adoptar un tratado cuando haya una plena correspondencia entre la norma pacticia y la Constitución conduciría a un inmovilismo no querido por la propia Constitución (110).

Por lo que se refiere a los límites funcionales de la jurisdicción constitucional, hay acuerdo en la doctrina alemana en que el TCF no puede sustraerse a sus propias competencias, alegando la doctrina de la cuestión política (111).

3.3. Consideraciones comparativas

a) La jurisprudencia constitucional española no se ha pronunciado sobre actuaciones del Gobierno en materia de relaciones exteriores. El TC cuenta con un cierto número de sentencias que atañen al ejercicio del poder exterior, pero, en ningún caso, hay pronunciamientos paralelos a los alemanes sobre intervención de las fuerzas armadas en el extranjero o sobre la licitud del esta-

(106) «El respeto y la protección de la dignidad humana es una obligación de todos los poderes del Estado».

(107) J. KOKOTT: «Kontrolle...» (nota 1), pág. 949, cuando una decisión de política exterior afecta a los derechos fundamentales, entra entonces dentro de la reserva de ley formal.

(108) W. G. GREWE: «Auswärtige Gewalt...» (nota 8), núm. marginal 94 y sigs.

(109) *Entscheidungen des Bundesverfassungsgericht*, vol. 4, 157, págs. 168 y sigs.

(110) W. G. GREWE: «Auswärtige Gewalt...» (nota 8), núm. marginal 95.

(111) La Political-Question-Doktrin de la Corte suprema norteamericana, no es trasladable al orden constitucional alemán: W. HEUN: *Funktionell-rechtliche Schranken der Verfassungsgerichtsbarkeit*, Baden-Baden, 1992, págs. 11-12; K. STERN: *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, vol. II, Munich, 1980, págs. 961-962; H. SIMON: «Verfassungsgerichtsbarkeit» (nota 79), págs. 1664-1665.

blecimiento de misiles y cohetes en el territorio nacional. Quizá esta ausencia se explique por la concepción de que los actos políticos de gobierno quedan fuera del control jurisdiccional, no sólo constitucional, sino también contencioso-administrativo (112). Ciertamente, ello puede producir situaciones, en las que los derechos fundamentales no resulten garantizados de modo suficiente (113). Ahora bien, la situación existente en el Derecho alemán no está exenta de riesgos y contradicciones. El control constitucional de los actos de gobierno conduce a que, con frecuencia, las decisiones que no han podido adoptarse por la vía política traten de imponerse por la vía de la jurisdicción constitucional. Puesto que una de las preocupaciones actuales en la doctrina alemana (114) es la tendencia a reforzar el componente específicamente jurisdiccional del TCF, disminuyendo su función como árbitro de las contiendas políticas (115), parece conveniente aprender de otros tribunales con más experiencia, como el alemán, y evitar así la conversión de cualquier controversia jurídica en una cuestión constitucional o de garantía de derechos fundamentales (*Grundrechtsverrechtlichung*).

b) La referencia en el preámbulo de la Constitución a la voluntad de la nación española de «colaborar en el fortalecimiento de unas relaciones pacíficas y de eficaz cooperación entre todos los pueblos de la tierra», puede equipararse al artículo 1.2.º de la LFB («el pueblo alemán se confiesa en favor de los derechos humanos inviolables e inalienables como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo»). El artículo 9.2 de la CE obliga a los poderes públicos a «crear las condiciones necesarias para que la libertad y la igualdad de los individuos y los grupos a los que pertenecen sean

(112) La jurisdicción administrativa ordinaria conoce sólo de los actos de la Administración pública sujetos al Derecho administrativo (art. 1.1 de la Ley 29/1988, de 13 de julio, y art. 6 de la LPJDF).

(113) El agotamiento de la vía contencioso-administrativa es requisito para la interposición del recurso de amparo; en el caso de que los derechos fundamentales resulten afectados por una actuación del Gobierno no sometida a la jurisdicción administrativa ordinaria, tales derechos no resultarían suficientemente garantizados. Para una crítica a la interpretación sobre este tema del Tribunal supremo, en la STS, de 2 de octubre de 1987, puede verse E. GARCÍA LLOVET: «Control del acto político y garantía de los derechos fundamentales», en *Revista española de Derecho Constitucional*, núm. 36, 1992, especialmente págs. 278-279. Cfr. también, A. SAIZ ARNÁIZ: «Los actos políticos de gobierno en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», en *Revista de Administración Pública*, núm. 134, 1994, págs. 225 y sigs.

(114) Cfr., por ejemplo, J. ISENSEE: «Bundesverfassungsgericht - quo vadis?», en *Juristen Zeitung*, 1996, págs. 1085 sigs.

(115) En la doctrina española realiza un diagnóstico de la situación F. RUBIO LLORENTE: «Seis tesis sobre la jurisdicción constitucional en Europa», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 36, 1992, pág. 18.

reales y efectivas», pero este precepto siempre ha sido interpretado como una obligación dentro de los límites del territorio nacional, no como un deber de los poderes públicos en la actividad exterior con un contenido que vaya más allá de las obligaciones adquiridas mediante tratados internacionales o mediante la pertenencia de España a organizaciones internacionales. En suma, la doctrina española no conoce una discusión semejante a la que tiene lugar en Alemania acerca de los deberes que puedan derivarse de la vinculación de los poderes públicos a los derechos fundamentales para el ejercicio del poder exterior. La opinión mayoritaria en la doctrina alemana sostiene, como hemos visto, que no puede deducirse de la LFB una vinculación tal que conduzca a situaciones extremas como la imposibilidad de celebrar tratados con Estados en los que los derechos fundamentales no resulten suficientemente garantizados. No parece, pues, que de una discusión doctrinal sobre el tema en España quepa esperar resultados muy distintos a la práctica española actual.

c) Si la jurisprudencia constitucional alemana viene siendo en sus pronunciamientos sobre el control del poder exterior «defensora de los poderes del Parlamento», la jurisprudencia constitucional española -al delimitar el concepto de «relaciones internacionales», separando de él la aplicación de las normas internacionales y comunitarias- puede calificarse de «árbitro de los conflictos entre poder central y poderes autonómicos». Esta distinta tarea de garantía de la separación de poderes (en el caso alemán en sentido horizontal y en el caso español en sentido vertical) que se observa hoy entre ambos Tribunales, quizá se deba a que en España el proceso autonómico y el proceso de integración europea han sido simultáneos. No obstante, el proceso de integración europea repercute en detrimento de las competencias parlamentarias (centrales y regionales) en ambos Estados. Este fenómeno hace necesario que los Tribunales constitucionales de cada Estado sean especialmente sensibles para garantizar las competencias de las Cámaras legislativas.

